Reactie NautaDutilh

Consultatie Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht

NautaDutilh N.V.

22 november 2015

Inhoudsopgave

1. Inleiding

NautaDutilh N.V. heeft met belangstelling kennis genomen van het voorontwerp (hierna: het "**Voorontwerp**") dat strekt tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "**BW**") en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: "**Rv**") in verband met de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (hierna: de "**Richtlijn**"), en de bijbehorende concept memorie van toelichting (hierna: de "**Concept MvT**").

Wij maken graag gebruik van de geboden mogelijkheid om hieronder onze opmerkingen en suggesties aan u over te brengen, die gebaseerd zijn op de door ons opgedane ervaring op het gebied van kartelschadezaken. Deze opmerkingen en suggesties stemmen niet noodzakelijkerwijs overeen met de mening van alle partners van NautaDutilh N.V. of met die van haar cliënten.

Uiteraard zijn wij graag bereid om deze reactie nader toe te lichten. Onze contactgegevens zijn opgenomen in hoofdstuk 3.

Amsterdam/Rotterdam, 22 november 2015.

NautaDutilh N.V.

Bart Gerretsen
Philip Malanczuk
Barbara Nijs
Herman Speyart

2. Commentaar

2.1 Artikel 6:193k sub b BW - Inbreukpleger

Het voorgestelde artikel 6:193k sub b BW geeft de volgende definitie van het begrip "*inbreukpleger*", dat in de overige bepalingen van het Voorontwerp bepalend is voor het vestigen van aansprakelijkheid:

> "*een onderneming of ondernemersvereniging die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd*".

De Concept MvT verwijst vervolgens voor de omschrijving van de begrippen "*onderneming*" en "*ondernemersvereniging*" naar "*de op dit gebied relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie*".[1] Wij menen dat dit laatste om de volgende redenen onjuist is.

In handhavingsbesluiten waarbij zij de Unitaire mededingingsregels toepassen laten de Europese Commissie en de Autoriteit Consument & Markt ("**ACM**") zich niet uit over de eventuele civielrechtelijke gevolgen van een inbreuk. Voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU is voor die autoriteiten afdoende dat sprake is van de in die bepalingen bedoelde vormen van afstemming respectievelijk misbruik, waarbij enig daadwerkelijk effect (schade) niet noodzakelijk is voor de vaststelling van een inbreuk.

Aan de hand van het toepasselijke nationale burgerlijk recht dient vervolgens te worden vastgesteld of een aldus vastgestelde schending van de Unitaire mededingingsregels ook tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. Dit volgt ook uit de op pagina 3 van de Concept MvT aangehaalde Europese rechtspraak. Naar Nederlands recht zal op zijn minst aan de gebruikelijke eisen van de actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) moeten worden voldaan, waarbij toerekenbaarheid, causaliteit (art. 6:98 BW) en relativiteit (art. 6:163 BW) eveneens een rol spelen.

De invulling die in het Concept MvT wordt gegeven aan het ondernemingsbegrip leidt er echter via een omweg toe dat de civielrechtelijke toerekening van aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht de toerekeningsregels zou moeten volgen die door de Europese Commissie en de ACM worden gehanteerd bij publiekrechtelijke handhaving door middel van sanctiebesluiten.

Dit zou tot onwenselijke resultaten leiden omdat de toetsingskaders voor publiekrechtelijke- en civielrechtelijke aansprakelijkheid in zeer belangrijke mate verschillen.

De regels voor publiekrechtelijke toerekening zijn gebaseerd op het begrip "onderneming" in de zin van de Unitaire mededingingsregels. Dat begrip omvat volgens vaste rechtspraak elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Het gaat daarbij om een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen. Dat een moedermaatschappij en haar dochteronderneming één enkele "*onderneming*" in de zin van artikel 101 en 102 VWEU vormen, stelt de Europese Commissie en de ACM in staat een sanctiebesluit zowel tot de daadwerkelijk bij een inbreuk betrokken rechtspersoon te richten als tot de hoogst gelegen en alle daartussen gelegen moedervennootschappen, zonder dat daarbij relevant is of deze moedervennootschappen zelf enige betrokkenheid hebben bij de inbreuk.

Daarbij kan de inbreuk van een (nagenoeg) volledige dochtervennootschap zeer eenvoudig aan alle moedervennootschappen worden toegerekend, omdat daarbij sprake is van het vermoeden dat de moedervennootschappen zeggenschap uitoefenen over de dochter.[2]

---

[1] Concept MvT, p. 12.
[2] Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo/Commissie*, r.o. 54-61.

Daarbij kan aansprakelijkheid ook worden gelegd bij een minderheidsaandeelhouder met zeggenschap[3] of bij de diverse vennootschappen die gezamenlijke zeggenschap uitoefenen over een gemeenschappelijke onderneming (*joint venture*)[4].

Deze zeer ruime Unitaire toerekeningsleer mag geen betekenis hebben voor de vaststelling naar Nederlands recht van eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid van een rechtspersoon.

Van civielrechtelijke aansprakelijkheid kan naar Nederlands recht alleen sprake zijn indien de aangesproken (rechts)persoon zelfstandig een verwijt kan worden gemaakt. Het is een *raison d'être* van het voorzien in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid dat de aandeelhouders van die rechtspersonen slechts aansprakelijk zijn voor hun eigen gedragingen, en, uitzonderingen daargelaten, niet voor gedragingen van die rechtspersonen. Daarmee wordt de aansprakelijkheid van de aandeelhouders van deze vennootschappen beperkt tot de waarde van hun aandeel daarin. De enkele omstandigheid dat een moedervennootschap vanwege de hiervoor genoemde, Unitaire toerekeningsleer door de Europese Commissie of de ACM is beboet voor een door haar dochtervennootschap gepleegde inbreuk is naar Nederlands recht dus volstrekt onvoldoende om civielrechtelijke aansprakelijkheid van die moedermaatschappij vast te stellen.[5] Dit standpunt werd recentelijk bevestigd door de civiele rechter in de *TenneT/ABB* zaak, waar de rechtbank een andere, civielrechtelijke benadering heeft gekozen om het gedrag van een dochter mede aan een moeder toe te rekenen.[6]

Doordat de Concept MvT voor de omschrijving van het in het Voorontwerp gehanteerde begrip "*onderneming*" - dat tevens voorkomt in het voorgestelde artikel 6:193n BW over hoofdelijke aansprakelijkheid - verwijst naar "*de op dit gebied relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie*", wordt ten onrechte de suggestie gewekt dat als uitgangspunt een civielrechtelijke (hoofdelijke) aansprakelijkheid kan bestaan voor een rechtspersoon (moedervennootschap) die feitelijk zelf geen inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt, maar slechts gelieerd is aan een inbreukmakende rechtspersoon (dochtervennootschap).

De op pagina 12 van de Concept MvT opgenomen verwijzing naar deze jurisprudentie is naar ons oordeel niet alleen onjuist, maar ook niet noodzakelijk voor de implementatie van de Richtlijn en derhalve in strijd met Aanwijzing 331 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Wij stellen daarom voor om pagina 12 van de Concept MvT, bij artikel 6:193K onder "*Onderdeel b*", de verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie voor een omschrijving van de hiervoor genoemde begrippen te schrappen.

2.2 Artikel 6:193q BW - Doorberekeningsverweer

Uit de Concept MvT volgt dat artikel 6:193q BW de eerste volzin van artikel 13 Richtlijn beoogt te implementeren, dat ziet op het zogeheten doorberekeningsverweer of *passing-on defense*. Wij stellen de volgende drie wijzigingen van het voorgestelde artikel voor.

Ten eerste dient de reikwijdte van de voorgestelde tekst te worden verruimd. Volgens de voorgestelde tekst van artikel 6:193q BW kan (uitsluitend) een "*inbreukpleger*" een doorberekeningsverweer voeren. De definitie van het begrip "*in-*

---

[3] Gerecht EU 9 september 2015, zaak T-104/13, *Toshiba Corp./Commissie*, r.o. 90-123.

[4] Gerecht EU 2 februari 2012, zaak T-77/08, *Dow Chemical/Commissie*, r.o. 86.

[5] Vergelijk: HvJ EU 2 april 2009, zaak C-327/07 P, *Bolloré/Commissie*, concl. A-G Bot, r.o. 123-126; Zie over dit onderwerp A-G Keus in zijn conclusie bij: HR 21 december 2002, *NJ* 2013, 155 (*IATA*), onder 3.12. Zie ook: B. Braat, 'Kartelschade in Nederland, een eerste aanzet', *NTER* 2013/9, p. 321; S.C.J.J. Kortmann, 'Toerekening van externe (rechts)handelingen aan de rechtspersoon', in: *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 2012, p. 75.

[6] Rb. Oost Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403, *Tennet/ABB*, r.o. 4.10-4.16. In appel tegen deze uitspraak heeft het Hof - anders dan de Rechtbank - in het midden gelaten of de Unitaire toerekeningsleer relevant is voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Zie: Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, *ABB/Tennet*, r.o. 3.18.

breukpleger" volgt uit het hiervoor onder 2.1 aangehaalde artikel 6:193k sub b BW en omvat "*een onderneming of ondernemersvereniging die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd*". Artikel 13 van de Richtlijn knoopt echter niet aan bij het gedefinieerde begrip "*inbreukpleger*", maar bepaalt dat "*de verweerder in een schadevorderingsgeding*" een doorberekeningsverweer kan voeren. Een in rechte aangesproken partij die betwist "*een inbreuk op het mededingingsrecht*" te hebben gepleegd en dus ook betwist een "*inbreukpleger*" te zijn, moet echter - ook volgens artikel 13 van de Richtlijn - eveneens in staat zijn om het doorberekeningsverweer te voeren. Wij stellen daarom voor om in artikel 6:193q BW en in de Concept MvT bij dit artikel[7] het woord "*inbreukpleger*" te vervangen door het neutrale woord "*partij*", zodat duidelijk is dat elke aangesproken partij het doorberekeningsverweer kan voeren.

<u>Ten tweede</u> stellen wij voor om het in artikel 13 Richtlijn bedoelde recht op toegang tot bewijsmateriaal expliciet in de wet op te nemen. Uit de laatste zin van artikel 13 Richtlijn volgt dat de verweerder "*van de eiser en/of van derden redelijkerwijs toegang tot het bewijsmateriaal kan vorderen*" ten bewijze van de in artikel 13 Richtlijn bedoelde doorberekening van meerkosten. Dit door de Richtlijn voorgeschreven recht is niet overgenomen in het Voorontwerp, omdat - zo begrijpen wij uit pagina 17 van de Concept MvT - artikel 843a Rv deze mogelijkheid reeds zou bieden.

Om echter onnodige discussies te vermijden over de vraag of een in rechte aangesproken partij - ook reeds in een vroeg stadium van de procedure, bijvoorbeeld ter betwisting van het in artikel 6:193l BW bedoelde, weerlegbare vermoeden dat een kartel wordt vermoed schade te veroorzaken - het in artikel 843a Rv bedoelde "*rechtmatig belang*" heeft bij inzage, afschrift of uittreksel van het in artikel 13 van de Richtlijn bedoelde bewijsmateriaal, stellen wij voor om de laatste zin van artikel 13 van de Richtlijn eveneens expliciet in de wet op te nemen. Dat een aangesproken partij dit belang heeft, zou gelet op zijn bewijspositie ten aanzien van het doorberekeningsverweer geen onderwerp van discussie mogen zijn.

Wij stellen <u>ten derde</u> voor dat in artikel 193q, conform artikel 3 lid 3 Richtlijn wordt verduidelijkt dat de toe te kennen schadevergoeding niet mag leiden tot overcompensatie.

2.3 Artikel 6:193t BW - Verjaringstermijn

Uit het voorgestelde artikel 6:193t BW volgt dat de relatieve verjaringstermijn vijf jaar bedraagt. Deze termijn volgt rechtstreeks uit artikel 10 lid 3 Richtlijn, waarin staat dat de verjaringstermijn minimaal vijf jaar moet bedragen. De absolute verjaringstermijn bedraagt volgens het voorgestelde artikel 6:193t BW twintig jaar.

De absolute verjaringstermijn bedraagt daarmee twintig jaar, hetgeen extreem lang is ten opzichte van de minimale vijfjaarstermijn die in de Richtlijn wordt voorgeschreven. Hoewel, volgens de Concept MvT, deze verjaringstermijn rechtszekerheid dient te beogen, levert deze lange termijn een gedaagde partij juist rechtsonzekerheid op.

Deze lange periode geeft de gedaagde partij immers te veel rechtsonzekerheid gedurende een lange periode. De verjaringstermijn voor het opleggen van een boete door de ACM is maximaal tien jaar na het begaan van de overtreding (vijf jaar in het geval van de verjaringstermijn voor de Europese Commissie uit Verordening 1/2003). In het geval dat de verjaringstermijn van tien jaar door de ACM maximaal benut wordt, kan dit worden gevolgd door een aanvullende periode van onzekerheid voor de gedaagde partij die nogmaals tien jaar duurt. Dit is een onwenselijke situatie.

Daarnaast roept de formulering van het voorgestelde artikel 6:193t BW de vraag op wanneer de verjaringstermijn precies gaat lopen. Is dit het geval na publicatie van de beschikking door de ACM/Europese Commissie of op een ander moment? Wij menen dat in elk geval ook de persberichten van de Europese Commissie en de ACM (waarmee de besluiten bekend gemaakt worden) volstaan, hierin staan immers reeds de belangrijkste details met betrekking tot het kartel en de bijbehorende benadeelden. Vanaf dat moment is het duidelijk dat de verjaringstermijn begint te lopen.

[7] Concept MvT, p. 17, onder "Artikel 6:193q".

Wij merken echter op dat het begin van de verjaringstermijn nog niet gedefinieerd is. Er kan bijvoorbeeld discussie ontstaan (en er ontstaat reeds nu discussie) over wanneer de eiser bekend is geworden met de schade of de inbreuk. Om meer rechtszekerheid te creëren stellen wij voor om naast de verkorting van de absolute verjaringstermijn de relatieve verjaringstermijn uiterlijk te laten aanvangen op de publicatiedatum van het persbericht van de ACM/Europese Commissie en zulks in het voorgestelde artikel 6:193t BW en/of de Concept MvT vast te leggen. Dit laatste laat dus onverlet dat de verjaringstermijn ook eerder kan beginnen te lopen dan op die publicatiedatum indien reeds op een eerder moment aan de in artikel 10 lid 2 van de Richtlijn bedoelde voorwaarden is voldaan.

Overigens zijn wij van mening dat het meer voor de hand ligt om het voorgestelde artikel 6:193t BW in Boek 3 te plaatsen dan in Boek 6 omdat het de bedoeling was, zo blijkt uit de Concept MvT, om aan te sluiten bij bestaande verjaringsregimes. Door het apart zetten van deze verjaringstermijn "versnippert" het verjaringssysteem naar verschillende Boeken van het BW. Bovendien verwijzen de artikelen in Boek 3 niet naar het voorgestelde artikel 6:193t BW. Wij stellen dan ook voor het voorgestelde artikel 6:193t BW te verplaatsen naar Boek 3 dan wel een verwijzing te plaatsen bij de relevante artikelen in Boek 3.

2.4 Artikel 844 Rv - Ontbrekende definities

Naar ons oordeel ontbreekt in het voorgestelde artikel 844 RV een aantal belangrijke definities.

De voorgestelde artikelen 846 lid 1 onder b en artikel 847 lid 1 onder c Rv bevatten beperkingen op de mogelijkheid voor de nationale rechter om partijen op te dragen inzage te verschaffen in verklaringen met het oog op een schikking. Hiermee wordt gedoeld op een schikking in een publiekrechtelijk handhavingstraject.

Daarbij is in de definitiebepaling van artikel 844Rv niet de definitie overgenomen van het begrip "verklaring met het oog op een schikking" in artikel 2 aanhef en onder 18 Richtlijn. Omdat de Instellingswet ACM thans niet voorziet in de mogelijkheid van een schikking en omdat hier verwarring zou kunnen ontstaan met het begrip schikking dat in de betekenis van "civiele aansprakelijkheidsschikking" wordt gehanteerd in bijvoorbeeld artikel 6:193p BW van het Voorontwerp, stellen wij voor dat dat wel gebeurt.

Om dezelfde redenen stellen wij voor dat in het voorgestelde artikel 844 Rv de definitie wordt overgenomen van "clementieverklaringen" in artikel 2 aanhef en onder 16 Richtlijn.

Voor de leesbaarheid zouden de definities van de begrippen inbreuk op het mededingingsrecht en mededingingsautoriteit in artikel 844 Rv kunnen worden herhaald in plaats van het enkel verwijzen naar de definities van artikel 6:193k BW.

2.5 Artikel 845 Rv - Behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing gewaarborgd

Uit het voorgestelde artikel 845 Rv volgt dat een partij die "*bescheiden omtrent een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft*" en die wordt geconfronteerd met een vordering uit hoofde van artikel 843a Rv, zich niet kan beroepen op de in artikel 843a lid 4 Rv bedoelde uitzondering. Daaruit volgt dat aan een dergelijke vordering ook moet worden voldaan "*indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd*". Volgens de Concept MvT staat artikel 5 Richtlijn aan die laatste uitzondering in de weg. Wij menen dat dit onjuist is.

Volgens artikel 5 lid 3 Richtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de nationale rechterlijke instanties het verlenen van toegang beperken "*tot wat evenredig is*", waarbij rekening gehouden moet worden "*met de rechtmatige belangen van alle betrokken partijen en derden*". De "*elementen*" die vervolgens in artikel 5 lid 3 sub a t/m c Richtlijn worden opgesomd zijn naar ons oordeel niet limitatief, omdat uit de aan die opsomming voorafgaande aanhef volgt dat de nationale rechterlijke instanties "*met name*" (en dus niet uitsluitend) met die "*elementen*" rekening dienen te houden.

Wij menen dan ook dat artikel 5 Richtlijn er niet aan in de weg staat dat een eiser geen toegang krijgt tot de door hem gevraagde bescheiden over een vermeende inbreuk op het mededingingsrecht, omdat "*een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd*". Dit kan bijvoorbeeld zijn wegens de stand waarin de desbetreffende procedure zich op dat moment bevindt en de reeds (openbaar) beschikbare gegevens. Deze uit artikel 843a lid 4 Rv voortvloeiende uitzondering sluit aan bij de in artikel 5 lid 3 Richtlijn genoemde proportionaliteitseis, die "*toegang tot bewijsmateriaal beperkt tot wat evenredig is*".

Wij stellen daarom voor dat artikel 845 Rv uit het Voorontwerp wordt geschrapt. In dit verband wijzen wij eveneens op Aanwijzing 331 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, nu artikel 845 Rv voor de implementatie van de Richtlijn niet noodzakelijk is.

2.6 Artikelen 846 en 847 Rv - Zaakdossier

De voorgestelde artikelen 846 en 847 Rv hebben betrekking op de bescherming van bepaalde type documenten tegen overhandiging/openbaarmaking aan de eisende partij, de zogenaamde zwarte en grijze lijsten. Daarbij hebben de voorgestelde artikelen 846 lid 1 en artikel 847 lid 1 Rv betrekking op "*enkel uit het dossier van een mededingingsautoriteit afkomstige bescheiden*".

Deze formulering is onduidelijk aangezien zij de vraag oproept of de bescherming van de openbaarmaking beperkt is tot alleen documenten die bij de mededingingsautoriteit aanwezig zijn of dat bescherming zich tevens uitstrekt tot documenten die door de ex-kartellisten/gedaagden worden gehouden. De hierboven geciteerde zinsnede suggereert dat alleen documenten die bij de mededingingsautoriteit aanwezig zijn beschermd zijn tegen openbaarmaking.

Ten eerste is dit niet conform de formulering van artikel 6 leden 5 en 6 Richtlijn, die breed is: daarin wordt alleen gespecificeerd welke categorieën bewijsmateriaal beschermd zijn maar niet dat deze categorieën bewijsmateriaal zich bij specifieke partijen zouden moeten bevinden.

Ten tweede zou een dergelijke beperkte interpretatie van de bescherming tegen de doelstelling van de Richtlijn zijn. Uit de Richtlijn volgt immers dat diezelfde documenten, als deze documenten buiten het dossier dat bij de mededingingsautoriteit aanwezig is worden aangetroffen, ook niet als bewijs kunnen dienen dan wel pas nadat de mededingingsautoriteit de procedure heeft beëindigd.

Het risico van een beperkte interpretatie is dat de effectieve werking van artikel 6 leden 5 en 6 Richtlijn in gevaar komt en dat de Richtlijn op dat punt niet correct wordt omgezet.

Wij stellen daarom voor om meer bij de formulering van de Richtlijn aan te sluiten (en dus de zinsnede "*enkel uit het dossier van een mededingingsautoriteit afkomstige bescheiden*" te verwijderen) of om toe te voegen dat als deze documenten buiten het dossier, maar ten behoeve van het dossier opgesteld, worden aangetroffen, zij onder de bescherming van de zwarte/grijze lijsten vallen.

3. Contactgegevens

Bart Gerretsen
Partner
T +31 10 224 0437
M +31 6 5130 3304
E bart.gerretsen@nautadutilh.com

Philip Malanczuk
Senior Associate
T +31 10 224 0148
M +31 6 5186 9715
E philip.malanczuk@nautadutilh.com

Barbara Nijs
Counsel
T +31 20 717 1908
M +31 6 2021 0459
E barbara.nijs@nautadutilh.com

Herman Speyart
Partner
T +31 20 717 1557
M +31 6 2021 0511
E herman.speyart@nautadutilh.com

NautaDutilh N.V.
Strawinskylaan 1999 | 1077 XV Amsterdam
Postbus 7113 | 1007 JC Amsterdam

Weena 750 | 3014 DA Rotterdam
Postbus 1110 | 3000 BC Rotterdam

E info@nautadutilh.com
I www.nautadutilh.com